

は母が子の縁組につき同意権を有するように797条を改正するかどうかについては、なお検討する」とされた。

その後、中間試案に対しては、昭和61年5月末までに裁判所や日本弁護士連合会その他の法曹団体、社会福祉関係団体等合計39団体及び個人から意見が寄せられ、身分法小委員会においては、その意見を参考にして、中間試案において更に検討を要すべきものとして留保されていた点等に関して集中的な検討がなされるなどし、昭和62年1月27日に民法部会第22回会議において、民法の一部を改正する法律案要綱案が決定され、法制審議会第108回総会において、同要綱案どおり決定、答申された。その後、同答申を受けて法務省民事局において改正法案が作成され、閣議決定後に国会提出され、最終的に昭和62年法律第101号として可決成立した（乙8。細川清「改正養子法の解説」（法曹会）17ないし19ページ）。

(3) 前記(2)のとおり、中間試案においては、親権者でない父母の同意権について、改正前の民法797条（現在の民法797条1項に相当）の改正の要否について検討するとの問題提起をしていた。具体的な案を提示せず、単に問題を提起するに止めていたのは、親権者変更の申立てを受けた親権者がこれを回避するため本条の縁組を濫用する事例が見られるので、これを防止するため親権者でない父母にも縁組の同意権を与えるべきであるとする意見があったが、他方、そのような改正をすると、實際上多くの割合を占める連れ子縁組が不必要に困難になり、離婚した夫婦間に新たな紛争を惹起するなどの弊害が予想されるとする反対意見も強かったからであった。

その後、中間試案に寄せられた各界の意見やその後の小委員会の審議においても、親権者でない父母一般について縁組の同意権を与えることに賛成する意見はほとんどなく、最終的には、親権者でない父母一般に同意権を与える案は採用されなかった。

一方で、親権者でない父又は母が監護者である場合については、親権者が

代諾縁組をすると、縁組により養親が親権者として子を監護すべきこととなり、従来の監護者はその地位を失うので、監護者にも縁組が子の利益に合致するかどうかについての判断の機会を与え、親権者のみの意思で子の監護に関する父母の合意が変更されるのを防止するのが妥当であること、養子縁組の濫用に対抗するための方策がないことなどを考慮し、民法797条2項を新設することとなった（乙8・168ないし173ページ）。

- (4) このように、単独親権者の配偶者を含む第三者が単独親権者の子と養子縁組をする場合について、離婚によって親権を失った子の父母の同意を必要としないことについては、前記法改正の際の民法部会及び身分法小委員会における審議、中間試案に寄せられた各界の意見並びにその後の小委員会の審議において、實際上多くの割合を占める連れ子縁組が不必要に困難になり、離婚した夫婦間に新たな紛争を惹起するなどの弊害が予想されるとする反対意見が強く、親権者でない父母一般について縁組の同意権を与えることに賛成する意見はほとんどなかったことによるものであり、他方で、親権者でない父又は母が監護者である場合については、その立場に鑑みて同意権を付与することとしたものであった。

以上のとおり、監護教育の実体をなす現実の共同生活関係の形成こそ、未成年養子の中核をなすものであるとされており、子の福祉に合致するものであるところ、連れ子縁組成立を不必要に困難とすることを回避し、離婚した夫婦間の新たな紛争を惹起するなどの弊害を防止するために、離婚によって親権を失った子の父母の同意を必要としないとしたことは、子の福祉に沿うものとして合理性を有するものであるから、原告らの主張には理由がない。

3 原告らの児童の権利条約7条1項に関する主張が失当であること

- (1) 原告らは、児童の権利条約7条1項が「児童は、出生の後直ちに登録される。児童は、出生の時から氏名を有する権利及び国籍を取得する権利を有するものとし、また、できる限りその父母を知りかつその父母によって養育さ

れる権利を有する。」としているところ、「ここで述べられている児童の『権利』は（中略）すべての児童が人格的に発達するために普遍的な価値を打ち出しているといえる。父母から教育を受けることは、基本的で根源的な児童の利益なのである。」と主張する（原告ら準備書面1・28ページ）。

(2) 原告らの前記主張は、本件規定が憲法13条に違反するという原告らの主張といかなる関係を有するのか判然としない部分もあるが、この点をおくとしても、児童の権利条約7条1項は、児童は「できる限り（中略）父母によって養育される権利を有する。」と規定しており、権利の具体的内容は同条約に規定されておらず、権利の実現確保の在り方については、各締約国に委ねられていると解されるから、本件規定が、同条約7条1項に照らし、憲法13条に違反しているとはいえない。よって、原告らの主張は失当というべきである。

第3 本件規定が憲法14条に違反するものではないこと

本件規定が憲法14条に違反するものではないことは、被告第1準備書面(10及び11ページ)で述べたとおりである。

この点に関連して、東京高等裁判所平成30年9月27日判決(D1-Law判例ID28265275)は、別訴控訴人と別訴被控訴人の離婚を認め、両名の間の子2名の親権を別訴被控訴人とした原判決に対し、別訴控訴人が親権者指定に関する部分等を不服として控訴し、別訴被控訴人も附帯控訴した事案において、別訴控訴人が「仮に、控訴人が単独親権者とされないのであれば、裁判離婚において親の一方のみを親権者とし、もう一方の親の親権を失わせる民法819条2項は、法の下での平等を定めた憲法14条1項及び家庭生活における両性の平等等について定めた憲法24条2項に違反し無効であるから、被控訴人及び控訴人の双方を共同親権者とすべきである」と主張したことに対し、「控訴人は、当審において、ドイツの例を挙げるなどして、裁判離婚の場合に

単独親権となることを規定する民法819条2項は、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反すると主張する。しかし、親権については、子の福祉が考慮されるべきであるから、単純に共同親権ではないという理由で上記憲法の各規定に違反するとはいえない。控訴人の上記主張は採用できない。」と判示するなどして、別訴控訴人の控訴及び別訴被控訴人の附帯控訴を棄却している（上告棄却・上告不受理決定により確定。最高裁平成31年2月26日第三小法廷決定・D1-Law判例ID28270837）。当該裁判例は、「裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。」として、離婚後は単独親権となる旨定めた民法819条2項の規定が憲法14条1項等に違反するものではないことについて正しく判断するものであり、正当である。

第4 国会が本件規定を維持し、他に養育権を保障する制度を用意しないという立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法ではないこと

1 立法不作為における国賠法上の違法性の判断枠組み

被告第1準備書面（2及び3ページ）で述べたとおり、国会議員の立法行為又は立法不作為は直ちに国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合等においては、国会議員の立法過程における行動が前記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けると解される（最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決（平成25年（オ）第1079号，民集69巻8号2427ページ。以下「平成27年再婚禁止期間違憲判決」という。）参照）。

この点、被告第1準備書面（7ないし11ページ）及び前記第2で述べたと

おり、本件規定は憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとはいえないが、以下では、念のため、前記違法性の判断枠組みにおけるいわゆる明白性の要件を欠くことについても述べておく。

2 本件規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるとはいえないこと

(1) 被告第1準備書面(4ページ)で述べたとおり、親権の内容は、民法上、監護教育、居所指定、懲戒、職業許可、財産管理と多岐にわたり(民法820条ないし824条)、実際的には、日常生活に関する事項、進学教育に関する事項、医療に関する事項など広範囲に及ぶ。そして、現行法上、父母の離婚後であっても、父母双方が子と交流し、父母が共同して子に関する決定をすることは何ら禁止されているものではない。問題となるのは、そのような父母の任意の協力関係が望めない場合であるが、その場合、仮に離婚後共同親権制度を採ったとすると、広範囲に及ぶ子に関する決定の全てを離婚した父母が共同で行うのか、一部のみ共同で行うのであればどの範囲で共同するのか、父母間で合意が整わないときは誰がどのように解決するのかなど、様々な問題が生じることが考えられる。

したがって、被告第1準備書面(4ないし6ページ)で述べたとおり、離婚後共同親権制度の下では、子に関する決定について父母の間で適時に適切な合意を形成することができず、かえって子の利益が害されるおそれがあることに十分留意する必要がある。一方で、本件規定は、裁判所が後見的立場から親権者としての適格性を吟味し、その一方を親権者と定めることで、子に関する事項について適時に適切な決定がされ、子の利益を保護することにつながるものであり、十分な合理性を有するものである。

(2) また、仮に、裁判離婚後共同親権制度を導入するとした場合には、父母が離れて暮らすため、通常は、子の主たる監護者を父母のいずれか一方に定め

ることになり、監護者が単独で決められることと、父母共同でなければ決められないこととの区別が重要になることから、親権の内容について、十分な整理が必要になるなど現行の親権の内容や共同行使の在り方といった点についても併せて検討することが不可避である。

(3) 被告としても、離婚後共同親権制度を採用している国があることや、父母の離婚後における子の養育の在り方について、立法政策として、様々な選択肢があり得ることは否定しない。しかしながら、前記のとおり、我が国において現行制度が合理性を有する一方、仮に裁判離婚後共同親権制度を導入する場合に克服しなければならない課題は多いことからすれば、本件規定が、「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」といえないことは、明らかである。

(4) なお、原告らは、児童の権利条約7条1項及び9条1項の各規定並びに児童の権利委員会の平成31年2月1日付け「日本の第4回・第5回政府報告に関する総括所見」（以下「総括所見」という。）27条bの勧告内容から、国会議員の立法不作為が違法である旨主張する（訴状41及び42ページ）。

しかしながら、前記第2の3(2)のとおり、児童の権利条約7条1項は、児童は「できる限り（中略）父母によって養育される権利を有する。」と規定しており、権利の具体的内容は同条約に規定されておらず、権利の実現確保の在り方については、各締約国に委ねられていると解される。

また、児童の権利条約9条1項も、「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。」との規定に続いて、「ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。」と規定している。

よって、児童の権利条約7条1項及び9条1項を根拠に直ちに国会議員に

何らかの立法義務が生じることはない。また、総括所見は飽くまで勧告にとどまるものであり、総括所見を根拠に直ちに国会議員に何らかの立法義務が生じることもない。

3 小括

したがって、国会が本件規定を維持し、他に養育権を保障する制度を用意しないという立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であるとする原告らの主張には理由がない。

第5 結語

以上のとおり、原告らの主張はいずれも失当であるか、理由がないものであるから、本件請求は速やかに棄却されるべきである。

第6 求釈明事項に対する回答

本件規定の趣旨・目的は前記第2の1及び被告第1準備書面第2の2(3)(4ないし6ページ)のとおりである。

なお、本件規定は、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。」として、婚姻関係にある父母の共同親権行使の原則を定めたものであり、婚姻関係にない父母の単独親権を定めた規定ではない。

以 上